

El nuevo Código Civil y Comercial y la responsabilidad civil (de intenciones, realidades, concreciones y mitologías)

POR **MARCELO J. LÓPEZ MESA** (*)

Sumario: I. Proemio. — II. Los jueces y la responsabilidad civil. — III. La asistematicidad del tratamiento de la responsabilidad civil en el nuevo Código. — IV. La regulación de la responsabilidad civil en el nuevo Código y los necesarios ajustes a practicarle interpretativamente. — V. La responsabilidad civil tallada por el nuevo Código. — VI. Comprobaciones provisorias. — VII. Bibliografía.

Resumen: el nuevo Código Civil y Comercial no ha logrado conformar en materia de responsabilidad civil un sistema cerrado, coherente, uniforme, completo. Ello, porque si bien es cierto que en los artículos 1708 a 1780 del Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) se encuentran las principales normas dedicadas a esta temática, no es menos cierto que subsisten numerosas normas sueltas en otros segmentos del nuevo Código, las que contemplan supuestos puntuales y particulares de responsabilidad. En tal situación, como no puede permitirse que tales normas dispersas jueguen como engranajes sueltos, es imperativo vertebrar los numerosos elementos inconexos en un sistema integrado, amalgamado interpretativamente. Se requiere de una formulación heterodoxa que parta de elementos ortodoxos, que pueden iluminar las nuevas normas, allí donde finquen sus mayores oscuridades y darles un criterio de unidad, que las haga colectivamente mejor de lo que cada una es en su individualidad.

Palabras claves: responsabilidad civil - daño - nuevo Código Civil

Le nouveau Code Civil et Commercial argentin et la responsabilité civile. (Des intentions, des réalités, des concrétions et des mythologies)

Resumé: le nouveau Code Civil et Commercial argentin n'a pas réussi à conformer en matière de responsabilité civile un système fermé, cohérent, uniforme, complet. Cela, parce que bien qu'il est certain que dans les arts. 1708 à 1780 CCC se trouvent les normes principales dédiées à cette thématique, il n'est pas moins certain que de nombreuses normes libres subsistent dans d'autres segments du nouveau Code, celles qui contemplent des suppositions ponctuelles et particulières de responsabilité. Dans telle situation, comme il ne peut pas être permis que telles normes dispersées jouent comme engrenages libres, il est impératif de coordonner les nombreux éléments sans connexion dans un système intégré, interprétativement amalgamé. On requiert d'une formulation hétérodoxe qu'il parte des éléments orthodoxes qui peuvent illuminer les nouvelles normes, là où finquent sa plus grande obscurité et leur donner un critère de unité, qui les fait collectivement meilleures que chacune est dans son individualité.

Mots clef: responsabilité civile - dommage - le nouveau Code Civil

(*) Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Galicia, España) y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Co-Director de la Diplomatura en Derecho Civil de la Universidad Austral. Prof. visitante de varias Universidades extranjeras. Juez de la Cámara de Apelaciones de Trelew.

I. Proemio

Ya no sirve llorar sobre leche derramada, ni pontificar de *lege ferenda* soluciones maravillosas, cuando el 1° de agosto de 2015 entró a regir un nuevo Código Civil y Comercial, que en solo ocho meses por sus efectos ya ha dejado claro que está lejos de ser la maravilla o el “monumento legislativo”, que declamaban entusiastamente sus autores y propagandistas.

Sin cargar las tintas sobre el nuevo ordenamiento, pero sin dejar de hacer notar que su implementación requerirá de un ingente y denodado trabajo de los operadores judiciales, es patente que el desafío actual es interpretar, integrar y explicitar ese texto normativo del mejor modo posible, para darle por vía hermenéutica la lógica, coherencia y profundidad de la que carece en origen.

El imperativo de estas horas es formular una exégesis razonable, inteligente, equilibrada del nuevo ordenamiento sancionado por ley 26.994, que posibilite su aplicación sustentable, racional y valiosa a los casos concretos, de modo de conformar una doctrina legal que esté a la altura del derecho del país y no sea una caricatura del mismo. Ya lo hemos hecho en materia de obligaciones (1) y nos disponemos a hacerlo seguidamente en lo concerniente a la responsabilidad civil.

Claro que tratar de explicar hoy coherentemente los fundamentos de la responsabilidad en el derecho privado argentino vigente puede ser, en algunos casos, una labor ímproba. Iremos despacio.

II. Los jueces y la responsabilidad civil

El nuevo Código presenta severas falencias y disonancias en el cuadrante de la responsabilidad; ello, porque es una de las temáticas donde la ideología de la reparación —*apenas disimulada*— de sus redactores ha quedado más expuesta y en la que la asistematicidad y desequilibrio de todo el régimen es más tangible.

Un enjambre de normas y de criterios jurisprudenciales receptados por ellas, buscando corregir supuestos vicios y vacíos de la responsabilidad civil en la doctrina y jurisprudencia tradicionales, ha dejado plasmado un régimen peculiar, que sobresale no por su profundidad ni precisión, sino por su textura abierta, que terminará dejando en manos de los jueces la determinación no ya del cómo de la responsabilidad civil, sino incluso del qué de ella, que es lo más preocupante.

Tal resultado no es casual, sino que parte de un preconcepto sobre la figura reglada: la responsabilidad civil que algunos ven como una herramienta maravillosa; un prodigio de ingeniería social destinada a corregir toda injusticia, de reparar el daño —o *supuesto daño*— que alegue toda víctima —*lo sea o no*—; una herramienta que algunos usan implícitamente como un factor de redistribución de ingresos y de posibilidades, incluso, ya que sus fallos y teorías terminan por colocar a las víctimas en mejores condiciones de las que estaban antes de sufrir el percance.

A tenor de estas ideas y de las nuevas normas sancionadas, la responsabilidad ha dejado de ser una pequeña superficie del derecho civil para avanzar hasta ocupar, cuantitativa y cualitativamente, un importante segmento de éste.

Entonces, ya no puede compararse a la responsabilidad civil con una laguna de planicie, de superficie quieta, sin olas ni remansos. En la actualidad, en ocasiones, se parece más a un mar, donde oleadas imprevisibles —y, a veces, furiosas— se empeñan en devastar las superficies con que entran en contacto (López Mesa, 2008: 23).

(1) Cfr. López Mesa, M. (2015). *Derecho de las Obligaciones. Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial*. Montevideo-Buenos Aires: Edit. B. de F., 2 tomos, 2223 páginas; ídem (2015). *Derecho de las Obligaciones. Manual*. Montevideo-Buenos Aires: Edit. B. de F., 2 tomos, 1302 páginas, en ambos, véase Capítulo I.

En un magnífico párrafo Gérard Charollos dice agudamente que “la responsabilidad civil es el dominio más rico de nuestro derecho privado y es el que ofrece a la doctrina y jurisprudencia un vasto campo de desarrollo, donde el razonamiento y la búsqueda de la equidad se libran de la, a menudo estéril, pesquisa de ‘la intención del legislador’” (1995: 315).

Este campo de aplicación de normas se ha visto ensanchado por una interpretación inteligente en varios casos de la jurisprudencia francesa, que ha hecho decir a un autor que:

“a finales del siglo XIX, la revolución industrial provocó a la Corte de Casación audaces interpretaciones. ¡A finales del siglo XX, las nuevas ‘tecnologías’ la incitan a refinamientos suplementarios ya que (...) la ‘máquina’ moderna sería capaz de infligir directamente un sufrimiento moral!” (Lapoyade Deschamps, 1992: 409).

Claro que este activismo jurisprudencial no ha estado exento de críticas (2) y ha anidado en una regulación normativa que habrá —incluso— de hacerlo exponencialmente.

La máquina, el maquinismo, la tecnología y hasta las guerras han movido las aguas quietas de la vida de comienzos del siglo XX y han retado al derecho a asumir realidades para las que no estaba preparado, debiendo muchas veces tomar medidas urgentes, por conducto de decisiones judiciales que iban marcando tendencias, que recién mucho tiempo después el legislador receptaba.

El problema es que el legislador de la ley 26.994 ha pretendido ser heraldo de la realidad, procurando conducir a ésta hacia determinados sitios, que él juzga correctos; para peor, la falta de determinación de requisitos, presupuestos y precisiones de aplicación de las nuevas normas sancionadas ha dejado de hecho en manos de los jueces la toma de decisiones centrales y gravitantes, en esta y en otras materias.

Llegado este punto cabe recordar que un sutil magistrado y jurista capitalino, el Prof. Ricardo A. Guibourg, bien ha dicho que el legislador del nuevo Código “(...) se siente más próximo del Sermón de la Montaña que de la descarnada precisión del Código Napoleón, y que, al reservarse una función moralmente rectora, renuncia a la función de establecer criterios operativos para cederla, en la práctica, a los jueces” (2015: 3).

La opción es clara, entonces: o los jueces conformamos inteligente y laboriosamente —*a partir de normas sueltas*— un régimen que acoja debidamente a los supuestos concretos de responsabilidad e integre en ellos —por vía de interpretación— las precisiones regulatorias que faltan en la materia y lo hacemos con alcances claros; o, directamente, la práctica cotidiana de nuestros foros va a cobrarle a los justiciables y operadores jurídicos un altísimo precio, el que se pagará en moneda de seguridad jurídica, certidumbre y falta de inversión y desarrollo empresarial, que suelen ser las connaturales consecuencias de los primeros disvalores.

O, peor aún, la falta de racionalización judicial ante la extrema amplitud y vaguedad de los textos normativos que conforman el “sistema de responsabilidad civil” (artículos 1708 a 1780 CCiv. y Com.), sumado a la dispersión de normas de responsabilidad civil por todos los Libros y por numerosos Capítulos del nuevo Código, además de incertidumbre puede engendrar frutos más amargos todavía, como notorias arbitrariedades judiciales, al ser aplicados los textos conjeturalmente a los casos concretos, según predilecciones personales de algunos jueces, resultando imprevisible en sus alcances.

(2) Véanse las críticas y las agudas ironías que le dedica a la intervención creadora de la magistratura el maestro Alain Bénabent, en un artículo cuyo título lo dice todo: “Un nuevo instrumento jurisprudencial: la goma de borrar” (Cfr. Bénabent, Alain (2008). “Un nouvel instrument jurisprudentiel: la gomme à effacer”, en *Libre droit. Mélanges en l’honneur de Philippe le Tourneau*. París Edit. Dalloz, pp. 81-83).

Una verdadera “justicia del Cadí”, esto es, no una doctrina legal coherente, plausible, elaborada inteligentemente en base a textos que se elevan interpretativamente, sino todo lo contrario, una doctrina conformada de improviso, al calor del momento, sin suficiente racionalización, en base a tajantes criterios ideológicos, que juzga heréticas a óbices y opiniones racionales y que se apoya, en el fondo, en sentimientos de “equidad” e “inclusión”, es otro de los frutos que cabe esperar de la implementación de tales criterios a los casos; en vista de los primeros frutos judiciales del nuevo Código, no es descabellado mirar este horizonte como posible y hasta probable.

En cualquier caso, menuda tarea nos ha dejado el legislador a los jueces, dada la proliferación de definiciones en el nuevo texto, sobre todo tipo de figuras jurídica, las que —*para peor*— no son —*en general*— definiciones normativas, sino doctrinarias, al punto de que el nuevo texto legal más parece un texto inicial de doctrina, antes que un ordenamiento de derecho privado.

No dudamos sobre la agudeza de una frase de un distinguido profesor colombiano:

“(…) es palmario que la misión de la ley no es la de agotar la temática propia de la responsabilidad, por cuanto aún la más elaborada y refinada perdería céleramente su carácter omnicompreensivo, arropador y regulador del todo. Es entonces necesario que, como complemento insustituible, con fuerza y carácter orientador, irrumpa la jurisprudencia,preciado instrumento al servicio de la sociedad y de la ciencia del Derecho, en particular, sin la cual muchos de nuestros ordenamientos estarían confinados a un museo, o a ser considerados como parte inactiva de nuestra historia remota. No en balde, la jurisprudencia tiene el acera-do don de vivificar la ley, de hacer que el derecho se considere vivo y no cadavérico. Por ello, en buena hora, ha sido superada la exégesis, y con ella, esa avara y apocada visión del juez, de quien se decía, sin rubor, que era la boca de la ley. Hoy, felizmente, esa óptica ha cambiado, y sin que abogemos por un activismo judicial ciego y desbordado, no puede dejarse de reconocer el sitio reservado al *iudex* moderno, cauto y prudente, como corresponde, pero sintonizado con la realidad imperante; un juez que no sea un espectador indolente, sino un ciudadano de carne y de hueso, preocupado por las necesidades de los justiciables, garante de sus derechos fundamentales. Nos referimos, en una concepción bifronte, a que su noble labor se enmarque en el equilibrio, y no en el desequilibrio, so pretexto de la desenfrenada protección de unos, en desmedro de otros, olvidando que no es prototípico redentor o mesías, sino un juzgador, con todo lo que ello responsablemente entraña. Por ello es por lo que el apellidado ‘juez descontrolado’ es un actor que, antes que equilibrar, desajusta y erosiona la actividad judicial, y de paso, contribuye a la desestabilización jurídica e institucional” (Jaramillo, 2008: 18).

En una de esas brillantes agudezas que suelen deslizar los doctrinarios realistas norteamericanos, en especial, los realistas americanos que a la vez son jueces, uno de los más lúcidos de ellos —*Julius Stone*— dijo que “la ley no siempre es el camino del derecho, pero siempre debe servir de poste indicador de ese camino”.

Por ende, sin duda la ley debe contener precisiones que eviten la sensación de andar a campo traviesa, inaugurando sendas que perfectamente puedan terminar en precipicios insondables, si no en ciénagas profundas.

Es así que la innegable contribución de la magistratura en el avance de la responsabilidad civil tiene, como el Dios Jano, dos rostros diferentes: uno es el rostro feliz, confiado, limpio, del progreso, de la evolución, del mejoramiento. Este rostro se ve en las innovaciones felices, en las construcciones sutiles, en las verdades evidentes de algunos fallos señeros que han hecho adelantar décadas a la responsabilidad civil.

El otro es un rostro atribulado, crispado, pletórico de preocupación, es el rostro de la chapucearía técnica, de la declamación insustancial, de la ideología de la reparación, de la beneficencia con dinero ajeno, del encastillamiento en una ideología no explicitada, pero evidente en el nuevo Có-

digo (3), que sus redactores parecen reservarse para sí, como si se tratara de arcanos que no pueden frecuentar otros que no pertenezcan a su círculo.

También este rostro es mostrado a veces, muchas más de las que nos gustaría, por la magistratura argentina. Y creemos que el nuevo Código, por todas las particularidades que lo definen en materia de responsabilidad, habrá de mostrar mucho más de lo conveniente esta faceta. Ella genera inseguridad jurídica encarece las primas de los seguros, torna más onerosa la práctica médica al generar una medicina a la defensiva, fomenta la incertidumbre, la falta de inversión productiva, la desconfianza, etc.

III. La asistematicidad del tratamiento de la responsabilidad civil en el nuevo Código

No han faltado autores que pretendan que el nuevo Código Civil y Comercial es una estructura sistemática, incluso superior al Código de Vélez en este aspecto y que ha unificado completamente el régimen de la responsabilidad en un solo régimen, en los artículos 1708 a 1780 (CCiv. y Com.), borrando las diferencias entre la responsabilidad contractual y la aquiliana.

Incluso, en el Nro. XIII) “La responsabilidad civil como sistema”, de la nota de presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial, firmada por Ricardo Lorenzetti, se lee textualmente que “La responsabilidad civil es regulada como un sistema que admite tres funciones (artículo 1708), función preventiva (artículo 1710 y ss.), disuasiva (artículo 1715) y resarcitoria (artículo 1716 y ss.). Este diseño es novedoso dentro del derecho comparado”.

Frente a la contemplación del piélago de normas de responsabilidad que se hallan desparramadas por todos los Libros, y hasta por el Título Preliminar del Código, las preguntas surgen nítidas: *¿el nuevo Código contiene un sistema de responsabilidad civil?, ¿o solo posee un título con ese nombre y luego deshilacha normas sueltas por doquier?*

La sistemática, si es que se la ha buscado, no ha quedado plasmada en la realidad. Aclaremos que la sistemática es la estructuración racionalmente optimizada de elementos diversos, de modo de hacer previsible la ubicación y búsqueda de ellos en un ordenamiento coherente.

El problema es que eso no ha quedado plasmado en la realidad. Si bien es cierto que se han dado pasos en esa búsqueda en el nuevo ordenamiento, no lo es menos que él ha quedado conformado como un edificio conceptual de perfiles bastante peculiares en materia de responsabilidad civil y que se destaca por su marcada asistematicidad, tanto en esta materia, como en varias otras del proyecto (4).

(3) Nos referimos a la llamada “ideología de la reparación”, de la que nos hemos ocupado en un artículo anterior (véase López Mesa, M. (2008). “La ideología de la reparación y la concesión de resarcimientos porque sí”, en: *La Ley* 2008-B-270/272; *vid* también a su respecto: Mazeaud, Denis (2001). *Réflexions sur un malentendu*, Recueil Dalloz, sec. Jurisprudence, p. 332; Le Tourneau, Philippe y Cadet, Loïc (1998). *Droit de la responsabilité*. París: Dalloz, p. 232, N° 724; Cadet, Loïc (1999). “Sur les faits et les méfaits de l’idéologie de la réparation”, en: *Mélanges en l’honneur de Dr. Dalloz*, p. 495 ss.). Esta ideología consiste en dar al damnificado alguna solución —a veces simplemente algún premio consuelo o acto de beneficencia con dinero ajeno—, aunque sea al precio de desvirtuar el funcionamiento del sistema de responsabilidad civil o plasmar una sentencia arbitraria. Y si aún así no es posible hacerlo, liberar al reclamante de su responsabilidad por las costas, imponiéndolas por su orden.

(4) El Prof. Arturo Caumont escribe un interesante artículo, a propósito del dictado de la ley 26.994, titulado “La recodificación contemporánea del derecho privado argentino. El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación”, publicado en una nueva revista de Infojus, titulada *Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial*, año 1, n° 1, dirigida por Juan Martín Alterini, pp. 9-14. Coincido con todo lo que dice el distinguido jurista en abstracto, pero verdaderamente no puedo compartir afirmaciones suyas, al menos en lo que a aplicarlas al nuevo Código Civil y Comercial concierne. Puntualmente, hay un párrafo, obrante a fs. 11 *in fine*/12, de ese estudio, donde se afirma que “frente al disvalor técnico de la creciente dispersión legislativa, se impone el valor de la completitud racional de la recodificación como reconstrucción de la centralidad sistémica, organizada sobre ejes armónicos erigidos a partir de la consistencia y la

No es que el Código de Vélez no tuviera disonancias: de hecho había bifurcado en dos regímenes el tratamiento de la responsabilidad; responsabilidad contractual, en los artículos 519 y 522 (CC) y concordantes y en los artículos 1066 y subsiguientes, la responsabilidad aquiliana. Es más, hasta contenía dos conceptos diferentes de daño, en cada una de ambas parcelas.

Pero el nuevo ordenamiento privatista no solo ha mantenido de hecho —*pese a declamar lo contrario*— esta disociación, sino que ha atomizado el régimen de responsabilidad, conforme párrafos abajo se podrá comprobar.

Por ende, no es exacto que la responsabilidad civil conforme ahora un sistema cerrado, coherente, uniforme, completo en el nuevo Código.

Ello, porque si bien es cierto que en los artículos 1708 a 1780 (CCiv. y Com.) se encuentran las principales normas dedicadas a esta temática, no es menos cierto que subsisten numerosas normas sueltas, en otros segmentos del nuevo Código —para peor—, las que contemplan supuestos puntuales y particulares de responsabilidad.

No cabe soslayar dos datos trascendentes:

1. Existen al menos 47 normas individuales o, peor aún, conjuntos o ensambles normativos aplicables a supuestos particulares de responsabilidad, por fuera del “sistema de responsabilidad civil” del nuevo Código.

2. Vista la cantidad de supuestos que quedan fuera del “sistema de responsabilidad civil”, en verdad, dicha tentativa unificatoria de los regímenes de responsabilidad parece poco lograda o no cierta.

Las principales normas regulatorias de supuestos de responsabilidad fuera del “sistema” son las que siguen:

1. Artículo 10 (indemnización por abuso del derecho).
2. Artículos 118 y 129 inc. c) CCiv. y Com. (responsabilidad del tutor por el daño causado al tutelado por culpa, acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones).
3. Artículos 143, 2º párrafo, 144, 2º párrafo, 160, 167 *in fine* y 177 CCiv. y Com. (responsabilidad de los socios, directivos y administradores de personas jurídicas).
4. Artículos 181 y 177 (responsabilidad asociados de una asociación civil).
5. Artículo 192 CCiv. y Com. (responsabilidad miembros de una simple asociación).
6. Artículo 200 CCiv. y Com. (responsabilidad de los fundadores y administradores durante la etapa de gestación de una fundación).
7. Artículo 211 CCiv. y Com. (responsabilidad de los integrantes del consejo de administración de un fundación).

sustentabilidad derivadas de la cohesión y de la congruencia trazable entre sus elementos y el conjunto por ellos formado con normas racionalmente estructuradas y organizadas en sistema, la totalidad de los fenómenos respecto de los cuales posee aptitud regente y que son el objeto de su incumbencia”. A fuerza de sinceros, no advertimos valores como sistematicidad, consistencia y sustentabilidad, cohesión y congruencia “entre sus elementos y en el conjunto” del nuevo Código, y la sola contemplación de los 47 supuestos de responsabilidad que encontramos fuera del “sistema” de responsabilidad civil, alguna dosis de razón nos adjudican, ¿no?

8. Artículo 275 CCiv. y Com. (responsabilidad por los daños causados por quien actúa con dolo).
9. Artículo 278 CCiv. y Com. (responsabilidad por los daños causados por quien actúa con violencia o intimida a otra persona).
10. Artículo 337 *in fine* CCiv. y Com. (responsabilidad en la simulación).
11. Artículo 340 *in fine* (responsabilidad en el fraude).
12. Artículo 376 (responsabilidad del representante por inexistencia o exceso en la representación).
13. Artículo 391 (responsabilidad en los actos nulos).
14. Artículo 587 CCiv. y Com. (reparación del daño causado al hijo por la falta de reconocimiento paterno).
15. Artículo 752 (ausencia de responsabilidad por mejora natural de una cosa).
16. Artículo 774 (obligaciones de medios y de resultado y responsabilidad respectiva).
17. Artículo 787 CCiv. y Com. (responsabilidad en la extinción de la obligación facultativa).
18. Artículos 793 y 794 CCiv. y Com. (responsabilidad contractual por incumplimiento e indemnización pactada por las partes en una cláusula penal).
19. Artículo 819 CCiv. y Com. (responsabilidad de cada codeudor en las obligaciones indivisibles).
20. Artículo 838 (responsabilidad de los deudores solidarios).
21. Artículo 899 inc. d) (extinción de la deuda por daño moratorio, ante un pago recibido sin reserva a su respecto).
22. Artículo 991 CCiv. y Com. (responsabilidad por frustración injustificada de tratativas preliminares).
23. Artículo 1009 CCiv. y Com. (el que de mala fe contratare sobre bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, como si estuviesen libres, debe reparar los daños causados a la otra parte si ésta ha obrado de buena fe).
24. Artículos 1033/1043 (responsabilidad por saneamiento de títulos).
25. Artículos 1044 a 1050 (responsabilidad por evicción).
26. Artículos 1051 a 1058 (responsabilidad por vicios ocultos).
27. Artículo 1082 (responsabilidad por extinción del contrato).
28. Artículo 1243 (*leasing*).
29. Artículos 1273 a 1277 (responsabilidad derivada de obras y servicios).
30. Artículos 1288 y 1291 (responsabilidad en el transporte).

31. Artículos 1309 a 1317 (responsabilidad transporte de cosas).
32. Artículo 1328 (responsabilidad en el mandato).
33. Artículos 1370 a 1375 (responsabilidad del hotelero).
34. Artículo 1414 (caja de seguridad).
35. Artículo 1459 (agrupaciones de colaboración).
36. Artículos 1476/1477 (responsabilidad en consorcios de cooperación).
37. Artículos 1520/1521 (responsabilidad en la franquicia).
38. Artículo 1563 (responsabilidad donatario por los cargos).
39. Artículos 1786 a 1788 (responsabilidad en la gestión de negocios).
40. Artículo 1826 CCiv. y Com. (responsabilidad por los títulos valores).
41. Artículo 1846 CCiv. y Com. (responsabilidad del endosante de un título valor).
42. Artículo 1936 CCiv. y Com. (responsabilidad por destrucción de la cosa según la buena o mala fe del poseedor).
43. Artículo 2096 CCiv. y Com. (responsabilidad administradores de un tiempo compartido).
44. Artículo 2250 CCiv. y Com. (acciones reales y resarcimiento complementario del daño provocado por la turbación).
45. Artículos 2317 y 2321 CCiv. y Com. (responsabilidad del heredero por las deudas del causante).
46. Artículo 2517 CCiv. y Com. (responsabilidad por pérdida o deterioro de la cosa legada por culpa de uno de los herederos).
47. Artículo 2527 CCiv. y Com. (responsabilidad del albacea por los daños que el incumplimiento de sus deberes cause a herederos y legatarios); etc.

Y tal cantidad de normas o ensambles normativos sueltos, por fuera del sistema de responsabilidad, sin contar los artículos 2656 y 2657 (CCiv. y Com.), que estructuran a su vez un “sistema” de responsabilidad civil en materia de derecho internacional privado.

Una auténtica “confesión” de asistematicidad puede encontrarse en el texto del inicio del artículo 1082 CCiv. y Com.: “Reparación del daño. La reparación del daño, cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones: a. el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en este Capítulo, en el Título V de este Libro, y en las disposiciones especiales para cada contrato (...)”.

En dicho texto, amén de remitir a todo el Título V, que incluye tanto la responsabilidad civil, como los cuasicontratos —*que nada tienen que ver en la regulación de la responsabilidad contractual, lo que constituye un serio error*—, se reconoce que la responsabilidad civil se rige, en cuanto al incumplimiento contractual, por normas de tres fuentes normativas diversas, lo que da una muestra de la carencia de asidero de la pretensión de los propagandistas del nuevo Código sobre la sistematicidad regulatoria del mismo.

IV. La regulación de la responsabilidad civil en el nuevo Código y los necesarios ajustes a practicarle interpretativamente

No habiéndose logrado en la nueva regulación la virtud de la sistematicidad, pese a que coincidimos en general que ella era deseable, en imperativo vertebrar los numerosos elementos sueltos, dispersos por el nuevo Código, en un sistema integrado, lo más coherente posible, de modo de amalgamar interpretativamente un sistema que no es tal en su formulación originaria.

Pero, somos jueces y los jueces no tenemos derecho a la abstracción, pues nuestro trabajo, nuestra contribución es resolver cuestiones concretas de modo previsible, apegándonos a la ley, aunque a veces racionalizándola en una formulación más elaborada.

Se requiere, entonces, de una formulación heterodoxa, a la medida del nuevo Código, pero partiendo de elementos ortodoxos, las ideas fuerza aceptadas como pilares del sistema de responsabilidad civil por nuestra magistratura y doctrina, que pueden iluminar las nuevas normas, allí donde finquen sus mayores oscuridades y darles un criterio de unidad, que las haga colectivamente mejor de lo que cada una es en su individualidad.

Si se ha repasado con detalle y detenimiento el listado de cuarenta y siete supuestos de responsabilidad que se hallan fuera del sistema de los artículos 1708 a 1780 CCiv. y Com. habrá podido apreciarse que, en general se trata de supuestos muy peculiares, que el legislador se limita a mencionar dentro de las regulaciones específicas del tema y en el mejor de los casos les asigna algunos elementos o requisitos particulares, los que empero no alcanzan para una regulación autónoma, por lo que para completar la mayoría de la regulación se debe recurrir a los contenidos pertinentes para el caso concreto, que contienen los artículos 1708 a 1780 CCiv. y Com.

Sin embargo, existen una serie de supuestos —*no casualmente todos ellos surgidos del incumplimiento de algún contrato*— que contienen una regulación más extensa y detallada que los demás supuestos, que podría denominarse proto-regulación y que se ubican en los numerales 24 a 37 del listado de normas fuera de lugar que consignamos supra en el acápite anterior.

Tales, los casos principalmente de los artículos 1243 (*leasing*); 1273 a 1277 (responsabilidad derivada de obras y servicios); 1288 y 1291 (responsabilidad en el transporte); 1309 a 1317 (responsabilidad transporte de cosas), 1328 (responsabilidad en el mandato); 1370 a 1375 (responsabilidad del hotelero) y 1414 (caja de seguridad).

Señaladamente son estos los principales casos de proto-regulaciones de responsabilidad civil, las que deben prevalecer por sobre los contenidos generales del “sistema” del código, dada su especificidad.

De tal modo, debe trazarse una línea divisoria entre las diversas normas de responsabilidad que el legislador de la ley 26.994 ubicó fuera del sistema general. Todas ellas deben relacionarse con ese sistema, de modo de no significar una desarmonía o contradicción con él. Pero tal diferenciación a trazar advertirá en dichas normas o conjuntos de normas sueltas las que contienen un proto régimen autónomo de responsabilidad, por fuera del sistema de las que no lo poseen.

Las que lo tienen, como los supuestos contractuales recién especificados, los que enumeramos en los numerales 24 a 37 del listado brindado supra y algún otro que se pueda hallar luego, deberán ser objeto de una aplicación preferente de las normas específicas, las que prevalecerán sobre los contenidos generales de los artículos 1708 a 1780 CCiv. y Com., régimen del que tomarán lo que pudiera faltarles, como algunos requisitos de la responsabilidad civil que no se detalla en cada caso, como la relación de causalidad adecuada que es un requisito básico e indiscutible de responsabilidad o las reglas de imputación de consecuencias jurídicas indemnizatorias, que tampoco se especifican en cada caso.

Pero, cuando el *proto-régimen* o regulación autónoma contractual contenga normas especiales que se contrapongan a las normas generales del sistema serán las primeras las que serán de aplicación prioritaria, quedando las normas generales deferidas solo para el caso que no sean desplazadas por las primeras, sino que a ellas las complementen.

Así, la asistematicidad del nuevo ordenamiento exigirá a los jueces un trabajo adicional al que realizaban hasta ahora.

No solo deberán encontrar la norma directamente aplicable al caso concreto a resolver, sino que habrán de verificar si ella se encuentra fuera del sistema respectivo, cómo juega con él, de modo de armar la “norma total” o el ensamble normativo completo, para así poder aplicarlo al caso, sin contradicciones ni soslayamientos. Será una labor nada fácil, en especial en los primeros años de aplicación del nuevo Código.

Pero debe quedar claro que refugiarse en facilismos como aplicar normas generales, para no lidiar con las específicas, implica una desvirtuación del mandato normativo, dado que por la llamada “Ley de Robinson”, la norma especial o específica debe prevalecer sobre la general y, más todavía, sobre las normas abiertas o principios generales, que no pueden transformarse por vía interpretativa en comodines para hacer a un lado normas concretas y vigentes, que no se quiere aplicar.

V. La responsabilidad civil tallada por el nuevo Código

Ya no es posible discutir, al ser un dato de la realidad circundante, la objetivación que se ha ido operando —para bien y para mal— en el derecho de daños del siglo XXI, al influjo de los constantes progresos científicos y tecnológicos, y del incremento de los riesgos, que ha sido su efecto no deseado (López Mesa, 2011: 227).

Pero dicha objetivación se había producido, al menos hasta el año pasado, sin un apartamiento total del principio básico de la culpa que sigue siendo fundamento y requisito de la responsabilidad civil. Así parece haberlo entendido el nuevo Código Civil y Comercial, en su artículo 1721 *in fine*, el que edicta: “Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

Sin embargo, se trata de una norma engañosa. Para no adjudicar al legislador que la sancionó la intención de confundir con ella, y presumiendo su buena fe, diremos que el problema radica en que se trata de una norma ilusoria, que no tendrá prácticamente aplicación, a tenor del claro y rotundo texto del artículo 1757 CCiv. y Com., que de hecho produce una ultraobjetivización de la responsabilidad civil, por su propio texto y por las varias normas que a él remiten: artículos 1757 *in fine*, 1769, 1243, 1286 y 1685 CCiv. y Com.

El nuevo Código, pese al *in fine* de su artículo 1721 ha hecho casi desaparecer la culpa, la que ha quedado confinada a escasos supuestos, en especial, el de la responsabilidad profesional (artículo 1768 CCiv. y Com.) y alguno de menor significación, que no merece la pena enfocar aquí.

Es innegable que ha existido, en el nuevo ordenamiento, un repliegue o retroceso de la responsabilidad de base subjetiva, la que ha cedido espacio a la responsabilidad objetivizada, presuntamente solidarista.

No se duda que existe una declinación de la responsabilidad individual, es decir de la responsabilidad civil como fue diseñada en 1804; o, en otras palabras, que la responsabilidad civil ha pasado a ser en buena medida un fenómeno de solidaridad y colectivización (Delebecque y Pansier, 2008: 7).

Pero ello no implica el fin de la responsabilidad civil sino una mutación dolorosa, aunque necesaria. Debe concederse sí que el nuevo Código ha tomado una decisión extrema, que no era inevitable

y que tampoco es conveniente: la ultraobjetivización de la responsabilidad, al punto de volverla casi una especie de causalidad material, volviendo a tiempos pretéritos, persiguiendo quimeras como borrar el daño del mundo (5).

Somos devotos confesos, desde hace veinte años, de la idea de que la culpa no puede ni debe desaparecer del firmamento jurídico como factor de atribución de responsabilidad no subsidiario sino principal.

Coincidimos con el maestro Pena López sobre que el principio de la culpa debe estar dotado de un ámbito operativo indefinido o universal, con vocación de aplicarse a cualquier supuesto, salvo disposición contraria, agregando Pena López en un párrafo de antología:

“Expansividad del principio, que no es incompatible con la posible naturaleza de Derecho normal de los supuestos que estén animados por otros principios, como tales susceptibles de interpretación extensiva y analógica, aunque carezcan de la fuerza expansiva del principio de la culpa, que por esta expansividad opera como supletorio y complementario en todo el campo de la responsabilidad civil, como norma de cierre de todo el sistema de la responsabilidad civil extracontractual, que por eso es denominada, por Busnelli, como ‘regola finale’, y por eso Le Tourneau la juzga como ‘d’application universelle’” (1998: 39).

Claro que, frente a la solución contraria adoptada por el legislador de la ley 26.994, la realidad cotidiana habrá de ser otra, muy distinta.

VI. Comprobaciones provisorias

Las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil por daños se ven constantemente puestas a prueba por nuevos acontecimientos sociales, que son consecuencia del incesante avance tecnológico y científico.

Puede decirse hoy como entonces, que el individuo ha perdido el control de su voluntad y de su acción en las cotidianas actividades que desarrolla bajo la presión de circunstancias externas que lo exponen a causar y a sufrir daños sin culpa alguna. El apuro y la congestión de la vida moderna exponen a muchos riesgos a las personas. Los automatismos conductuales, también.

Obviamente era imperiosa una revisión del sistema de la responsabilidad civil, tomando como punto de partida el daño y la necesidad de repararlo, por un lado, pero también la posibilidad de costearlo, sin generar mayores daños todavía, por otro.

El nuevo Código Civil y Comercial, en materia de responsabilidad al menos, recorre una línea intermedia, plausible, entre lo deseable y lo posible, aunque la ultraobjetivización de la responsabilidad ya descripta y convertir en eje del motor de la responsabilidad al artículo 1757 CCiv. y Com. es una decisión cuestionable.

Claro que, felizmente, el nuevo Código Civil y Comercial no ha llegado al extremo de hacer seguridad social travestida de responsabilidad civil.

Con todo, en vez de haber tomado el legislador de la ley 26.994 un partido tan definido y rotundo por el riesgo creado, debió haber comprendido mejor que se trataba en definitiva de dos enfoques diferentes pero complementarios: el tradicional, de indagación de la autoría del hecho dañoso para hallar al responsable y el superador, de atribuir las consecuencias del perjuicio a quien generó un riesgo inaceptable o innecesario, para imponer a éste de deber de reparar, fundado en razones de política legislativa; ambos planos, sin embargo, no deben contraponen ni resultan incompatibles o excluyentes entre sí.

(5) *Vid.* artículo 1740 CCiv. y Com. y la curiosa definición de reparación integral que allí se consagra.

Como sea, consideramos un acierto del nuevo régimen la demarcación clara del terreno de la responsabilidad civil respecto del que debe ocupar la seguridad social, pues ninguna debe invadir el área correspondiente a la otra ni convertir por artes de birlibirloque a la primera en la segunda, quitándole su esencia, al relajar sus presupuestos.

Fundamentalmente creemos que la responsabilidad civil, por conducto de ideas deformantes e invasivas se ha desnaturalizado, al punto de ser hoy un cómodo sucedáneo de la seguridad social, al ser indiferente la existencia de culpa de la víctima del siniestro, o la inexistencia de culpa del elegido a priori como victimario.

Y es dable remarcar que ambas herramientas para abordar el daño son radicalmente diversas: a diferencia de la responsabilidad civil, en la seguridad social no se exige que la conducta dañosa sea antijurídica, ni que sea atribuible a un autor sindicado como responsable, el cual puede no estar identificado; y es dable que la propia víctima sea culpable de su daño (Alterini, 1987: 35).

En cambio, en la responsabilidad civil el hecho antijurídico de la víctima no es neutro (artículo 1719 CCiv. y Com.), su culpa o dolo lo es menos aún, y si no existe relación de causalidad adecuada entre la actuación del presupuesto dañador o su esfera de garantía y el daño causado, éste no puede ser condenado a resarcir daño alguno.

Patrice Jourdain ha dicho certeramente que “la responsabilidad civil evoca la idea de un daño y de su reparación, y también la de la indemnización de las víctimas (...). La responsabilidad civil responde a una legítima esperanza de indemnización de las víctimas (...). La responsabilidad civil debe ser distinguida del seguro (...)” (2003: 1) y de la seguridad social, porque reposa en fundamentos distintos y tiene una lógica y unos requisitos y presupuestos divergentes a los de las otras formas mencionadas de abordar el daño.

Por tanto, al ser tan diversas, no deben ser confundidas ni subsumirse casos de una, en otra. El Prof. Pantaleón escribió:

“Tengo la convicción de que una causa fundamental de la tan cacareada ‘crisis de la responsabilidad civil extracontractual’ se halla en haber pretendido transformar una institución elemental del Derecho Civil, nacida con la modesta finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañantes y dañados, en un polivalente instrumento de Ingeniería Social (...) la responsabilidad civil extracontractual no es, no debe concebirse como un polivalente (preventivo, redistributivo) instrumento de Ingeniería Social, sino como una institución elemental del Derecho Civil, que contempla el daño como un problema interindividual entre dañante y dañado y obliga al primero a indemnizarlo al segundo, cuando existe una razón de justicia conmutativa (ante todo ‘culpa’, pero también ‘actividad lucrativa especialmente peligrosa’ y ‘sacrificio en interés ajeno’), que así lo exige” (2000: 175-179).

A lo largo del siglo XX y comienzos del XXI se pudo observar una evidente desnaturalización de la responsabilidad civil, tanto por la adopción de criterios extraños y sin base cierta, como la pretensión de solucionar problemas gigantescos o macroeconómicos —como la desprotección de importantes sectores— con herramientas modestas e inadecuadas para ello, como la responsabilidad civil, lo que obviamente no conduce a buenos resultados (6).

Esperamos que los criterios interpretativos que se apliquen al nuevo Código Civil y Comercial sean plausibles, atinados y no que pretendan desvirtuar sus fórmulas con ocurrencias y conje-

(6) Cuando se lee a algunos autores que hacen de la indemnización plena de todo daño una premisa indiscutible, parece estar uno contemplando un derecho civil maravilloso, despojado de límites, de imposibilidades, de escasez; un derecho de daños idealizado, perfecto, que se corresponde con un mundo perfecto, el “Derecho de Alicia en el país de la maravillas”. Quienes hemos ejercido activamente la profesión de abogado y otras funciones de asesoramiento público primero y luego la magistratura sabemos bien que este tipo de esquemas son ilusorios, imposibles de sostener en el tiempo y, por tanto, falaces.

turas de toda clase o realizar a su alrededor cabriolas hermenéuticas de nulo equilibrio y menor tino.

Y nos parece que la solución a la desnaturalización de la responsabilidad civil que venía produciéndose —y a la frustración que lleva aparejada su impotencia ante la realidad— se basa justamente en la vuelta a sus cauces. La responsabilidad civil debe volver a ser lo que fue, cuando era genuinamente un sistema de asignación de la obligación resarcitoria entre dos sujetos (7).

Esperemos que una visión realista de los problemas y una hermenéutica atinada del nuevo texto legal permitan una vuelta a los cauces normales o corrientes de la responsabilidad civil.

Las consideraciones macroeconómicas y las finalidades no resarcitorias deben ser consideradas marginal o secundariamente por el derecho de daños.

Lógicamente, a la par de esta vuelta de la responsabilidad civil a su cauce natural deben rediseñarse dos mecanismos, para ocupar el espacio que ella deja: tales, el seguro obligatorio y la disminución efectiva de la causación de daños, a través de penalidades criminales duras a quienes utilizan vehículos como si fueran armas o con total desaprensión. Un par de sujetos que fueran a dar con sus huesos a una cárcel común por delitos de tránsito y una correcta difusión de tales ejemplos, tendría una fuerza inusitada para disuadir a los conductores de conductas peligrosas, hoy consideradas más que normales, habituales.

La coordinación de estas tres herramientas es el único mecanismo que nos dará una satisfacción más o menos tangible. Persistir en el intento actual, patético en sus resultados y carente de seriedad técnica y consistencia económica, de extender ad infinitum el sistema de responsabilidad civil, seguramente, nos conducirá a aguas embravecidas.

La población está empezando a manifestar cada vez más ruidosa y violentamente su hartazgo de un sistema judicial que requiere de varios años —de cinco a siete, en promedio— para solucionar un litigio, período en el que el demandado pudo insolventarse, quebrar, etc.; y el accionante, morir-se, perder el interés en el litigio, o padecer enormes necesidades mientras tanto.

Establecer condenas, impresionantes en los montos pero imposibles de pagar de un modo consistente con la marcha de la economía o con el mantenimiento de una fuente de trabajo, implica subvertir el marco social y económico en que debe insertarse el sistema de responsabilidad civil.

Hay que llamar a las cosas por su nombre: responsabilidad civil no es seguridad social, ni es conmiseración con el dañado, ni es beneficencia con dinero ajeno.

Como dice Pantaleón, es fundamental, para un correcto entendimiento de la responsabilidad civil extracontractual, diferenciarla radicalmente de los sistemas de seguridad social, o de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual (Pantaleón, 2000: 181).

Yzquierdo Tolsada ha ubicado la cuestión en sus coordenadas correctas, al decir que:

“El que el papel protagónico de la culpa se atenúe y hayan ido surgiendo diferentes y variados criterios de imputación de corte objetivista más o menos basados en ideas como el riesgo o la garantía nunca podrá significar que se puedan atenuar los restantes elementos de la responsabilidad civil. Y ¡vaya si se atenúan! Tanto que se presentan ya como algo irreconocible, y nos muestran una respon-

(7) En el mismo sentido ha considerado Barbero que la técnica y la finalidad de la seguridad social son enteramente distintas a las del Derecho Privado y, por supuesto, a esa parte del Derecho Privado que es la responsabilidad civil, por lo que el Derecho Civil no debe intentar cumplir funciones que ya asumió la seguridad social hace más de un siglo (cfr. Barbero, Ariel Emilio (2001). *La responsabilidad civil. Volver a los límites del Código Civil*. Buenos Aires: La Ley, pp. 212-213).

sabilidad civil convertida lisa y llanamente en una institución de beneficencia (...). Una responsabilidad civil en la que haya siempre, en fin, alguien a quien denominar responsable de un suceso desgraciado, aunque se trate sólo de un chivo expiatorio cuya única intervención en el daño consistió en tener la desgracia de ser solvente, o de tener detrás a un asegurador o a una Administración pública de la que dependía su quehacer profesional" (2001: 233).

La responsabilidad civil es un sistema que focaliza prioritariamente la relación dañante-dañador y que se basa en atribuir una obligación indemnizatoria a quien no ha actuado correctamente, sea por obrar con culpa o dolo, o por ejercer una actividad especialmente peligrosa, que lo hace responsable a título de incrementador de riesgo o creador de un riesgo extraordinario.

Lo que exceda de ello, y que extienda ad infinitum el deber indemnizatorio, prescindiendo de todo reproche al pagador del siniestro —que ya no podría ser técnicamente llamado responsable— podrá ser otra cosa, pero no un sistema de responsabilidad civil, ya que claramente desborda sus notas esenciales.

Pero, peor que la desnaturalización de la responsabilidad civil es la indefinición acerca de sus actuales confines, extremo que resulta gravemente perturbador y que debe ser revertido, de modo que los justiciables cuenten con bases ciertas para conducirse con certidumbre.

Además, no es ocioso recalcar que la abogacía consiste precisamente en poder profetizar o adelantar los criterios que los tribunales adoptarán en el futuro, en determinada materia, de manera de estar en condiciones de orientar al cliente del modo más conveniente a sus intereses, y aconsejarlo sobre si le conviene o no introducir tal o cual pretensión en sede judicial (8).

Y, es obvio y no requiere demostración, que en el estado actual de nuestra jurisprudencia sobre responsabilidad civil, todavía no consolidada alrededor del nuevo texto vigente, es difícil acertar al pretender aconsejar a un cliente sobre su caso, puesto que existe un amplio abanico de decisiones que pueden finalmente adoptarse.

Por ello hacemos aquí votos para la decantación de las ideas fundamentales en esta materia, dejando a un lado extremismos y trasplantes foráneos inconvenientes e inaplicables a nuestra realidad, de modo de conformar una teoría general consistente, razonable y satisfactoria en derredor del nuevo Código.

Y sobre todo, esperamos que tanto la doctrina como alguna magistratura advierta que no existen verdades absolutas, aplicables a todos y cualquier caso, por más que se aprecie a simple vista el absurdo resultado que produce. La magistratura tiene el deber de concreción; el mandato legal general, abstracto e impersonal, debe ser convertido por el juez en una norma individual, concreta y personalizada (9).

Como dijimos en un par de votos, la ley es normalmente general e impersonal, por lo que el juez debe convertirla en su aplicación a cada caso en concreta y personal, so pena de tornarse ilegítima, pues a los justiciables no se los puede juzgar sobre la base de abstracciones inasibles (10).

(8) Hace muchas décadas, Oliver Wendell Holmes enunció con toda claridad y agudeza que "Las profecías de lo que harán efectivamente los tribunales y no otra cosa con más pretensiones, constituye lo que yo entiendo que es el derecho". Holmes, Oliver Wendell (1920). "The path of the law", en: *Collected legal papers*. New York, p. 171.

(9) Cám. Apels. Trelew, Sala A, 17/4/2012, "Llompart, Edna Haydee y Otra c/ Trama Construcciones S.R.L. y otro s/ Daños y perjuicios" (Expte. 425 - año 2011 CAT) e ídem, 23/3/2016, "A. K., P. c/ Prov. del Chubut- Dir. de Aeronáutica Provincial s/ Acción de Amparo" (Expte. N° 107 - año 2016 CAT), ambos según mi voto, en sist. Eureka y elDial.com.

(10) Cám. Apels. Trelew, Sala A, 17/4/2012, Llompart c/ Trama Construcciones S.R.L e ídem, 23/3/2016, "A. K., P. c/ Prov. del Chubut- Dir. de Aeronáutica Provincial s/ Acción de Amparo".

A una persona concreta, a un justiciable, no puede resolverse un planteo o reclamo, si el mandato legal, abstracto e impersonal, no es traducido a otra clave, esta vez personal y concreta y amoldada a los hechos comprobados en la causa.

La labor del juez al fallar consiste en devolverle a la ley todo el contenido casuístico y concreto que ha perdido al ser elevada a norma general por el legislador (11).

Como genialmente indicara el maestro Puig Brutau, “si generalizar es omitir, y legislar es generalizar, juzgar es volver a añadir parte, cuando menos, de lo omitido” (s/f: 179).

Es por ello que un juez no cumple su función cuando falla sobre la base de generalidades, muletilas o cartabones, ya que si así actúa no concreta la ley general al caso particular, sino que dicta un pronunciamiento igualmente genérico e inasible. El juez debe, al fallar, traducir la norma general a un registro particular, cercano a los hechos del caso resuelto y confeccionado teniéndolos en mira especialmente (Puig Brutau, s/f: 179).

El magistrado debe explicitar en los hechos de ese caso, el alcance y el significado de la norma general, de modo de demostrar que ella es aplicable a los hechos de esa causa, porque ellos encuadrarán sin forzamientos ni torsiones en su ámbito de aplicación legítima. Y debe hacer una hermenéutica razonable, lógica, no forzada.

El cambio de clave de la norma —de general y abstracta a particular y concreta— es claramente el rol insustituible de un buen juez; éste, en caso de no cumplir tal labor de conversión, no cumple cabalmente su función. Un juez no es un sacador de sentencias sino un solucionador de conflictos.

En esa particular labor de traducción o adaptación, el juez debe verificar las consecuencias que produce en el caso concreto su propuesta hermenéutica a priori de la regla general. Si los resultados que produce son absurdos, ello quiere decir que el trabajo judicial es incompleto, erróneo o arbitrario (López Mesa y Trigo Represas, 2011: 239).

Cuando uno lee soluciones jurídicas alambicadas, difíciles de explicar, que trasiegan cansinamente los arcanos del derecho para explicar situaciones que el buen sentido no logra comprender, ello significa normalmente que ha fallado la faena hermenéutica y que el resultado a que se ha arribado es ineficaz (Puig Brutau, s/f: 179).

Y no debe olvidarse algo que brillantemente dejó sentado en un discurso el Prof. Carlos Ignacio Jaramillo:

“(…) la responsabilidad civil, o el derecho de daños, como prefiere tildársele, es una disciplina móvil, y en ningún caso inmóvil o pétrea, gobernada por rígidos conceptos. Una mirada a lo acaecido en la pasada centuria, y en lo corrido de la presente, pone de relieve el referido carácter flexible y dinámico que la estereotipa. Desde esta perspectiva, no se equivocó al Profesor Josseland, cuando sentenció hace un representativo número de lustros, que lo que hoy se muestra y proyecta como válido en el campo de la responsabilidad, bien puede mañana no serlo, pues como también lo historió el profesor igualmente galo, René Savatier, es dable en este terreno aludir a una constante ‘metamorfosis’ (...)” (2009: 18).

La responsabilidad civil hoy requiere de reflexión y perspectiva. Declamar verdades incommovibles y eternas en este sector del derecho es no haber comprendido siquiera el funcionamiento del sistema de responsabilidad. Como con los viejos edificios de las ciudades históricas se requiere de labores de remozamiento que, sin destruir lo venerable, quiten lo obsoleto y mantengan en pie lo permanente (López Mesa y Trigo Represas, 2011: 240).

(11) Cám. Apels. Trelew, Sala A, 17/4/2012, Llopart c/ Trama Construcciones S.R.L e ídem, 23/3/2016, “A. K., P. c/ Prov. del Chubut s/ Acción de Amparo”.

VII. Bibliografía

ALTERINI, Atilio A. (1987). *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 35.

BARBERO, Ariel Emilio (2001). *La responsabilidad civil. Volver a los límites del Código Civil*. Buenos Aires: La Ley, pp. 212-213.

BÉNABENT, Alain (2008). “Un nouvel instrument jurisprudentiel: la gomme à effacer”, en: *Libre droit. Mélanges en l’honneur de Philippe le Tourneau*. París: Dalloz, pp. 81-83.

CADIET, Loïc (1999). “Sur les faits et les méfaits de l’idéologie de la réparation”, en: *Mélanges en l’honneur de Draï*. París: Dalloz, p. 495.

CHAROLLOIS, Gérard (1995). “Qui a la garde des locaux en réfection d’une clinique?”, en: *Recueil Dalloz*, t. sec. Jurisprudence, p. 315.

DELEBECQUE, Philippe y PANSIER, Frédéric-Jérôme (2008). *Droit des obligations*. París: Litec - Lexis Nexis, T II, p. 7.

GUIBOURG, Ricardo A. (2015). “El sincero ocaso del derecho”, en: *revista La Ley*, 14 de agosto. Buenos Aires: La Ley, p. 3.

HOLMES, Oliver Wendell (1920). “The path of the law”, en: *Collected legal papers*. New York, p. 171.

JARAMILLO, Carlos Ignacio (2009). “Discurso de apertura del Congreso. Introducción”, en: *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana y Edit. Díké, p. 18.

JOURDAIN, Patrice (2003). *Les principes de la responsabilité civile*. 6ª ed. París: Dalloz, p. 1.

LAPOYADE DESCHAMPS, Christian (1992). “Responsabilité quasi délictuelle d’un magasin libre-service et réparation du préjudice moral causé par la sonnerie intempestive d’un portique de contrôle situé à la sortie du magasin” en: *Recueil Dalloz*, t. sec. Jurisprudence, p. 409.

LE TOURNEAU, Philippe y CADIET, Loïc (1998). *Droit de la responsabilité*. París: Dalloz, p. 232, N° 724.

LÓPEZ MESA, Marcelo (2008). “Balance y perspectivas de la responsabilidad civil en el derecho moderno”, en: *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Edit. Díké, p. 23.

— (2008). *La ideología de la reparación y la concesión de resarcimientos porque sí*. Buenos Aires: La Ley. B-270/272.

— (2015). *Derecho de las Obligaciones. Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial*. Montevideo-Buenos Aires: B. de F.

LÓPEZ MESA, M. y TRIGO REPRESAS, F. (2011). *Tratado de la responsabilidad civil*. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley. T. I, pp. 227, 239, 240.

MAZEAUD, Denis (2001). “Réflexions sur un malentendu”, en: *Recueil Dalloz 2001*, sec. Jurisprudence, p. 332.

PANTALEÓN, F. (2000). "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual", en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* N° 4. Madrid, pp. 175-179-181.

PENA LÓPEZ, José María (1998). *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, p. XXXIX.

PUIG BRUTAU, José (2006). *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Barcelona: Bosch, p. 179.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). "La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate", en: *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana*. Madrid: Dykinson, p. 233.

Jurisprudencia

Cámara Apelaciones Trelew, Sala A, 17/4/2012, "Llompart, Edna Haydee y otra c/ Trama Construcciones S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios" (Expte. 425 - año 2011 CAT) e ídem, 23/3/2016, "A. K., P. c/ Prov. del Chubut- Dir. de Aeronáutica Provincial s/ acción de amparo" (Expte. N° 107 - Año 2016 CAT), ambos según mi voto. Disponible en: sistema Eureka y elDial.com

Cámara Apelaciones Trelew, Sala A, 17/4/2012, "Llompart c/ Trama Construcciones S.R.L." e ídem, 23/3/2016, "A. K., P. c/ Prov. del Chubut- Dir. de Aeronáutica Provincial s/ acción de amparo".

Cámara Apelaciones Trelew, Sala A, 17/4/2012, "Llompart c/ Trama Construcciones S.R.L." e ídem, 23/3/2016, "A. K., P. c/ Prov. del Chubut s/ acción de amparo".

Fecha de recepción: 13-04-2016

Fecha de aceptación: 15-07-2016